P E R

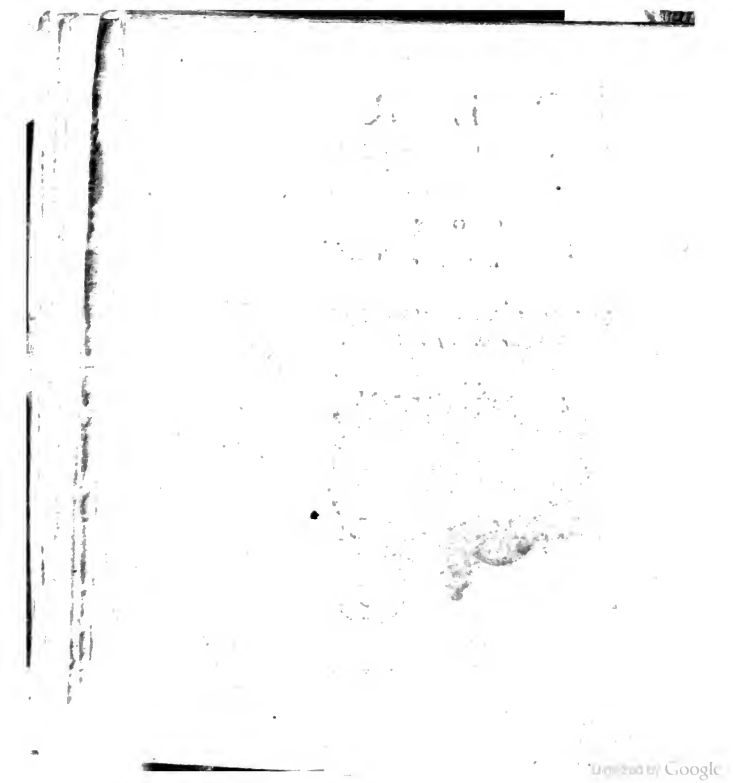
D. Giuſeppe, e D. Vincenzo Toſcano

NELLA CAUSA, CHE HANNO NEL S. C.

C O N

D. Gio: Lionardo di Muro.

DEGNISSIMO COMMISSARIO
Il Signor D. Stefano Patrizj.

Nella Banca di D. Niccolò Baſile.
Preſſo lo Scrivano Baſile.

J. M. J.

L'Antica maniera di disporre de' suoi beni, per indi, seguita la morte, aver tale disposizione l'effetto, è cosa risaputissima essere stata non men presso gli Ebrei, che negli antichi Greci, il fare donazioni per cagion di morte, come per quelli la Sacra Scrittura, per questi Omero lo contestano. Non conveniva invero alla semplicità naturale di que' primi uomini la facoltà di testare, cioè a dire, che partorisse il suo effetto la volontà di quell' uomo, nel mentre, che più tal non era, e'l passare il dominio delle sue cose dopo la sua morte all' erede, vale a dire, il concepirsi tal passaggio dal tempo, in cui il defunto, come mancato di vivere, più ritener non potevalo. Ma non così nelle donazioni avveniva, poichè nella stessa vita dal donante trasferivasi il possesso, quantunque rivocabilmente, allora che la cagion finale della disposizione verificata non si fusse. Non essendosi fatta una tal disposizione, luogo soltanto davasi alle successioni intestate, che venivano dalla verisimile comune affezione regolate: di cui la prima cagione essendone l'amor de' discendenti, la seconda degli ascendenti, ed in mancanza di ambedue succedendo l'amor de' collaterali, ella venne ad essere stabilita la massima presso ogni culta gente ricevuta, e con uniformità di sentimenti comprovata, che la successione prima di ogni altro a' figliuoli si deferisca, in lor mancanza a' parenti, e nell' ultimo luogo a' col-

collaterali , servata però fra questi la prossimità del grado. Ma una sì fatta semplicità venne poi sull'andar degli anni dal dritto civile in varie guise alterata, poichè presso alcuni per causa finale delle legittime successioni fu stabilita, ed indotta la conservazione dell' agnazione, dal che ne veniva, che i soli agnati succeder potessero, esclusi gli emancipati, ancorchè stati fussero figliuoli, o figlie femine.

Alle donazioni poi furono i testamenti surrogati, li quali la loro origine, e forma dal dritto civile riconoscono. Considerossi, che la facoltà di testare profittevole riusciva all'avanzo, ed alla conservazione de' nostri patrimonj per l' innata ambizione, che hanno gli uomini d'essere valide le disposizioni, anche dopo la loro morte. Quindi a tal effetto queste vennero riputate, come leggi, acciocchè più sacrosanta, ed inalterabile ne fusse stata l' osservanza; onde il dotto Quintiliano scrisse così su tal proposito: *In more civitatis, in legibus positum est, ut quoties fieri poterit, defunctorum testamento stetur. Idque non mediocri ratione. Neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem: alioquin potest grave videri & ipsum patrimonium, si non integram legem habet: & quum omne jus nobis in id permittitur viventibus, auferatur morientibus.* Ma comechè una sì tanta libertà di disporre poteva alcune volte, o al comune civile bene, o al privato pregiudicare, ella venne perciò con molte lodevolissime leggi, e consuetudini moderata, e corretta. Si stabilì in Roma sul principio il non potersi fare i testamenti, se non che ne' comizj del popolo in modo di legge, giusto appunto per farsi con quella serietà, e maturità di giudizio, che ad un tal atto si conviene, e

farsi

farsi da' soli uomini, e non dal sesso frale, ed infermo, qual sono le donne, a cui perciò l' adito a' comizj permesso non veniva. Fu moderata colla legge Falcidia, fu ristretta dalla legge Voconia, e da altre ancora, tra quali ottiene il principato quella ricevuta usanza introdotta a tempo d' Augusto d' essere i genitori in obbligo, o d'istituire, o di diredare nominatamente i loro figliuoli. Da tali principj ne nacquero varie conseguenze, che a favore de' figli in tutto il corpo del Gius Civile sparse, e disseminate si veggono, cioè a dire, che nel dubbio venga il figlio a qualsivoglia altro preferito. Questa fu quella congetturata volontà del defunto, che al di lei inventore Papiniano tanta, e sì alta lode acquistò presso i Principi Legislatori, che stimarono di onorarlo col nome di *Acutissimo*. Se dunque nel dubbio sia di fatto, sia di dritto, la causa de' figliuoli alla ragione di qualunque estraneo deve venir preferita, ed anteposta, con ragion speriamo noi, che D. Giuseppe, e D. Vincenzo Toscano fratelli abbiano a conseguire dal S. C. quella ragione, e giustizia, che loro s' appartiene sulli beni materni nella causa, che hanno con D. Gian-Lionardo di Muro, in cui prima di entrare alla discettazione del dritto, premettiamo il fatto, che siegue.

FATTO DELLA CAUSA.

AL primo di Febbrajo dell' anno 1720. pel matrimonio contraendo, e che poi fu contratto, tra 'l fu D. Francesco Toscano Mandatorizzo, e la fu D. Agata Cherubino Patrizj, della Città di Rossano, furono da D. Francesco, e D. Teresa Cherubino, ad essolei promessa in dote per ducati due mila una pos-

ses-

ſeſſione volgarmente detta la *Taverna Vecchia*, ſita nelle pertinenze di eſſa Città di Roſſano, la quale poi, ſeguito tal matrimonio, al detto D.Franceſco fu conſegnata, ſiccome dalla copia dell' iſtromento ſiſtente negli atti, *fol.* 7. Fu dopo quattro, o cinque anni in circa per la morte di eſſo D. Franceſco riſoluto tal matrimonio, da cui nacquero D. Giuſeppe primogenito, D. Marcantonio, D. Vincenzo, D. Laura, e D. Vittoria, la quale poi morì minore. Rimaſta quindi vedova eſſa fu D. Agata, ſtimò il fu D. Mario Toſcano padre di eſſo D.Franceſco, ed avo di detti fratelli di Toſcano fare nel 1728. una rinuncia a beneficio di eſſa D. Agata delle legittime, che a' detti ſuoi nipoti ſpettavano ſulle doti della medeſima, facendone di tali legittime buono l'importo, ſopra tutt' i ſuoi beni, ſiccome dall' iſtromento; copia del quale eſiſte preſſo gli atti, *fol.*28. In progreſſo poi di tempo paſsò eſſa fu D. Agata a ſeconde nozze col fu D. Celio di Muro, con cui non avendo procreato figli, nel 1759. vicino a morire per ultima ſua diſpoſizione per teſtamento nuncupativo preſentata negli atti, *fol.* 17. fece la ſeguente -- Iſtituì ſuo erede univerſale, e particolare D. Marcantonio Toſcano, laſciò a titolo d' iſtituzione la legittima a D. Giuſeppe, e D. Vincenzo, e alla fu D. Tereſa Cherubino ſua madre ſuperſtite quella legittima, che *de jure* ſpettavale. Fece altresì varj legati, ma tanto il ſuddetto erede univerſale, quanto i particolari iſtituiti nella legittima tutti gravandogli colla condizione ſeguente. Diſpoſe, che l' uſufrutto della ſua poſſeſſione dotale percepito ſi fuſſe dal fu D. Celio per quanto viveſſe. Volle poi, che ſeguita la ſua morte, tal poſſeſſione reſtaſſe a D. Gian-Lionar-

nar-

nardo di Muro, germano fratello di esso D. Celio, il quale fusse in obbligo pagare al suddetto D. Marcantonio erede universale il prezzo di essa, secondo il tempo in cui fu data in dote nel 1720. che fu per ducati 1800. e non secondo il valore, ed aumento, che avea nel tempo, che fu fatto tal testamento. Volle parimente, che nel tempo di tal pagamento, cioè seguita la morte di esso D. Celio, D. Giuseppe, e D. Vincenzo conseguissero la loro legittima, sopra però li cennati ducati 1800. e non sopra il valore presente di detta possessione; e soggiunse, che qualora i medesimi non restassero contenti di tal sua disposizione, o per dilazione del pagamento di dette legittime, o per la restrizione delle medesime fatte sopra li duc. 1800. surriferiti, escluso il valore presente dello stabile, allora sì, ch'essa disponente intendevasi avvalere della rinunzia suddetta fattale dal fu D. Mario Toscano delle legittime suddette, del quale D.Mario essendone essi fratelli eredi, non potrebbero in verun conto il fatto impugnare.

Passata essa testatrice da questa a miglior vita, quantunque detti fratelli avessero potuto opporsi all'esecuzione del testamento, pure sofferirono, che il fu D.Celio di Muro dal 1759. fino all'anno passato al mese di Marzo godesse, e percepisse l'usufrutto di detta possessione, come in effetti lo ha percepito interamente; ma passato poi da questa a miglior vita, detti fratelli sono comparsi nel S. C. ed hanno domandato dichiararsi nullo, ed invalido il legato fatto della suddetta possessione oliveta in beneficio di detto D. Gian-Lionardo di Muro, come contrario apertamente alla notissima Legge *Hac edictali C. de Secund. Nupt.*

Han-

Hanno ſoggiunto, che dichiarandoſi nulla tal diſpoſizione in favore dell' erede univerſale, dichiarar ſi debba, che le legittime loro ſien dovute ſopra il fondo ſuddetto pel valore, che ha preſentemente, e non taſſativamente ſopra i ducati 1800. come ſopra ſi è narrato. Queſta Supplica commeſſa al degniſſimo Conſigliere D.Domenico Potenza, come che è avverſo un Teſtamento ſolenne, non ha potuto, ſe non che termine ordinario meritare, il quale eſſendo ſtato impartito, attrovaſi già compilato. Ma prima di ciò ſtimarono eſſi fratelli domandare un ſequeſtro formale di detta roba per l'evidente nullità, o dubbiezza, che incontrava tal legato, impeditiva dalla ſua via eſecutiva, che ſoltanto per conſuetudine è ſtata a' legati conceduta. Si ſtimò giuſta una sì fatta petizione; onde dal Signor Commeſſario ne fu ordinato il ſequeſtro formale, il quale pel *referat* portato dall' altra parte, è rimaſto ſoſpeſo. Ma volendo i detti fratelli, che ſi decidi la cauſa principale, non hanno curato fin oggi altro, che riguarda tal ſequeſtro ordinato; hanno bensì atteſo alla compilazione del termine, che eſſendo già compiuta, e perfetta, è la cauſa nello ſtato a poterſi decidere. Hanno eglino articolato, e pruovato, non aver avuto eſſa Teſtatrice altri beni ſtabili, ſe non ſe il ſuddetto fondo dotale. Hanno ſimilmente articolato, e pruovato, che queſto al preſente non per migliorie fattevi da eſſa Teſtatrice, ma pel ſolo decorſo del tempo ſia avanzato, ed accreſciuto di prezzo ſino molto più del doppio di quello che fu dato in dote nel 1720. Hanno ſimilmente articolato, e pruovato, che 'l fu D. Mario loro avo abbia fatto piantare a ſue ſpeſe 70. piante d'olive in detto ſtabile, che 'l fu D. Celio di Muro fin tanto

ha

ha vissuto, abbia percepito interamente l' usufrutto di detta possessione, e che sia sempre vissuto in comune, ed indiviso con esso D.Gian-Lionardo suo germano. Questo è l'intero contesto di tutti li fatti, che occorrono su tal controversia, dalli quali ne nascono due dubbj. I. se la legge *Hac Edictali* proibisca a' genitori a poter disporre non solamente per gli figli del secondo letto più del primo, e per gli secondi conjugi, ma anche per gli loro congiunti; e se nella donna abbia luogo tal disposizione, non solamente per gli beni dotali, o estradotali, ma anche per gli proprj. II. se la rinunzia, che fu fatta dal fu D. Mario Toscano, di cui detti fratelli suoi nipoti sono eredi per le loro legittime *in ampla forma* a beneficio di essa D.Agata, possa impedire a questi l'impugnare tal disposizione, come fatta contro alla detta Legge *Hac edictali*; imperciocchè pare, che debbano aver per rato il fatto del defunto, di cui sono eredi, che rinunziò a tali ragioni, facendone cauto l'importo su delli suoi beni.

C A P. I.

In cui si dimostra, che la donna non possa più donare al secondo marito, o a' figliuoli del secondo letto, più che a' figli del primo; e che lo stesso sia anche per gli congiunti del suo secondo marito, non solamente per gli beni dotali, ma anche per gli proprj.

CHe la disposizione della fu D. Agata Cherubino contraddica, e ripugni alla Legge *Hac edictali* per rispetto al valor della robba, non credo, che possa met-

 tersi

tersi in dubbio: poichè considerato il valore del dotale fondo dato in dote nel 1720. per ducati 1800. da quello, che vale presentemente, secondo l' esame de' Testimonj, aumentato per beneficio del tempo più della metà, si vede, che siasi dato nel sopraddetto legato fatto al fratello germano di D. Celio più della metà della roba. Che se a tutto questo vi s' aggiunga l' usufrutto, che per lo spazio d' otto, e più anni di tal fondo n' ha percepito esso fu D. Celio, è fuori ogni dubbio, che quello lasciato al secondo marito, ed al suo germano in di lui contemplazione, sopravvanzi assai la metà de' beni. Quindi noi non siamo nel dubbio per rispetto a tal fatto, se siasi lasciato, o no, al secondo Conjuge contro alla Legge *Hac edictali*, ma bensì a quello che nasce dal dritto, cioè a dire, se una sì fatta Legge abbia luogo, non solamente verso il marito, o anche verso qualsivogliano, tutto che estranei, a cui però si praticassero tali liberalità dalla donna in contemplazione del suo marito. La Legge *Hac edictali*, come penale, che ella è, non v' ha dubbio, che verrebbe facilissimamente derogata, e dall' altrui malizia delusa, allora che non venissero proibite tutte quelle strade, per le quali indirettamente venir potesse defraudata. Per rispetto a ciò il cammino più sicuro è di riputarsi vietato tutto quello, che alla ragion, e causa finale di detta Legge contraddice, e ripugna. Io prima di entrare all' esame della controversia, per far vedere, con quanta cautela proceder debbasi in disposizioni consimili, premetto la Legge *Quum quis decedens ff. de Legat*. 3. nel cui §. *Titia* così è scritto: *Titia honestissima femina, quum in negotiis suis opera Callimachi semper uteretur, qui ex Testamento capere non poterat, testamento facto, manu sua* *ita*

ita cavit : Titia testamentum condidi, & volo, dentur Callimacho mercedis gratia denarium decem millia. Quæro, an hæc pecunia ex caussa mercedis, ab heredibus Titiæ exigi possit? Respondi, non idcirco, quod scriptum est, exigi posse in fraudem Legis relictum. Ma perchè in frode della Legge? Quandochè non era un titolo lucrativo, ma bensì compensativo per la sua mercede quello, che a Callimaco si lasciava; ed all'incontro Collimaco avea a Tizia servito. Ma con tutto ciò, quantunque premetta il Giureconsulto nell' epigrafe del suo responso, esser stata Tizia una femina onestissima, e perchè tale, non così facile a contravvenire alla Legge, pure nullo fu dichiarato un sì fatto legato, per timore, che esservi potea a fraudarsi la Legge. Ecco dunque quali cautele pratica il dritto nelle leggi penali per non venir defraudate. Ma passiamo avanti, e propriamente all' esame individuale della controversia. Io che ne' deboli miei componimenti ho cercato sempre prender lume dall' antichità, e dalla storia, non volendo da tal metodo dipartirmi, stimo brievemente ripetere l'interpretazione di tal Legge dalle antichità de' Romani, il che giova anche a dar lume alle cose presenti.

Le ragioni per cui Roma pagana, ed altri popoli riputavano odiose le seconde nozze, furono molte. Fu la prima l'amor della pudicizia, poichè credettero effetto d'una troppa intemperanza il reiterare le nozze, risolute per la morte le prime: quindi Valerio Massimo riferisce al *lib. II. cap. 1.* che quelle matrone venivano coronate colla laurea della pudicizia, che si contentavano d' un sol marito. E Livio ben innanzi scrisse, che a queste matrone solamente permesso veniva il sacrificare sull' altare della *Pudicizia;*

zia ; onde Tertulliano, che fu intesissimo delle Romane antichità nel trattato della Castità scrisse: *Monogamia in summo honore est, ut & virginibus legitime nubentibus, injuria pronubæ adhibeatur: Item in quibusdam sollemnibus, & officiis prior sit univiræ locus. Certe Flaminica nonnisi univira est, fortuna etenim mulieri coronam non imponit, nisi univiræ, nec matri Matutæ. Pontifex Maximus, & Flaminica nubunt semel.* Altri pensarono d'aver attentata qualche cosa la moglie, che passava a seconde nozze, contra la vita del marito. Quindi per non darsi luogo ad una sì fatta interpretazione, nacque l' usanza presso i Bracmanni nell' India, e presso li Germani, che nello stesso rogo, ove si bruciavano i defunti mariti, vi si buttassero ancora le loro mogli, per finire con ciò anch' elle la loro vita.

Tutte queste ragioni avean luogo contra le seconde nozze, purchè non si fussero reiterate entro l'anno della morte del marito; nel qual caso n' era maggiore la pena, quale fu quella dell' infamia, sul motivo della confusion del sangue, che potea esservi tra 'l primo, e secondo letto. Così scrisse Seneca nel trattato *de Consolatione ad Elvia: Ideo majores decem mensium spatium lugentibus dederunt; nam quum hoc tempus mulieribus viduis præcipue assignaretur, ne confusio sanguinis, seu seminis daretur.* La prima ragione, che nasce dalle seconde nozze sull' intemperanza, venne anche dalla Chiesa comprovata, poichè ella non favorisce così alle seconde nozze, che alle prime; tanto vero, che nelle seconde nozze non è solito darsi la benedizione dal Sacerdote. E appresso i Greci si sottoponevano i secondi conjugi anche alla pubblica penitenza per qualche tempo, giusto appunto per purgarsi

garsi l'effetto della intemperanza, per cui parve nato l'errore di Montano, e che alcuni Padri lo favorissero in condannare tali nozze, tra' quali fu necessario il purgarsene S. Girolamo, che scrivendo contra Gioviniano, parve d' approvare l' errore sudetto. La Chiesa già le ha approvate, e l'approva, condannando il contrario, come un falso dogma. Il primo general Concilio, quale fu il Niceno I. al *can.* 8. così prescrisse: *Si qui volunt venire ad Ecclesiam Catholicam ex Novatianis, placuit S. Concilio, ut ordinentur, & sic maneant in Clero; Ante omnia autem hanc habeant ab eis confessionem, quam per Scripturam exigi oportet, ut fateantur, se cum omni consensu Ecclesiæ Catholicæ statuta observaturos, idest, communicaturos se, & his forte qui secundas nuptias sunt experti*: onde dopo una tal decisione rimase abrogata la pena dell' infamia, che 'l dritto civile avea prescritta.

Ma quantunque la Romana Giurisprudenza fondata sulla filosofia Cristiana abbia derogata tale infamia, ed altre consimili pene, che dalla pagana superstizione derivavano, lasciò però l'altre, che sulla convenienza naturale son fondate, cioè a dire, che 'l conjuge, che dispone a favore del secondo letto più del primo, si reputa aver ciò più ad istigazione della seconda moglie, che con un costante, e deliberato animo praticato, come scrisse mirabilmente Omero:

Novi, qualis amor muliebri in pectore regnet
Illius, ut cupiat sobolem florere, domumque,
Cui post juncta viro est. At natos sæva priores
Negligit, & clari quondam dulcisque mariti
Immemor, haud ulla capitur post funera cura.

Onde avvedutamente, come riferisce Diodoro Siculo, il famoso Caronda Legislatore de' Turj fe' cassare dal nu-

numero de'Senatori un Padre, che era paſſato alle ſeconde nozze, avendo figli dalle prime, per l'indubitata ragione, che non potea queſti alle pubbliche coſe provvedere, quandochè i ſuoi domeſtici affari tanto malamente avea curato, paſſando alle ſeconde nozze. La cauſa dunque finale di una sì fatta Legge ella è di non defraudarſi i primi figli a contemplazione del ſecondo letto; e potendo avvenire tal frode, tanto dandoſi al ſecondo marito, che a' ſuoi figli, o ad un terzo per conſiderazione però del ſecondo conjuge, egli è che tutte queſte maniere ſieno vietate, come mezzi ſicuri, ed efficaci per una tal frode. Eccone le proprie parole della ſteſſa Legge: *Omni circumſcriptione, ſi qua per interpoſitam perſonam, vel alio quocumque modo fuit excogitata, ceſſante*. Or queſte parole con tanta generalità concepite, ed eſpreſſate avvalorano tutto, e quanto io ho detto, cioè a dire, che venga vietata quella diſpoſizione, che ſi fa dalla conjuge a contemplazione del ſuo ſecondo marito, ancorchè a queſto da sì fatta diſpoſizione lucro alcuno non provenga. Quindi nella Chioſa ſu tal Legge il principe de'Prammatici Paolo di Caſtro, e nell' Autentica *Si parens*, *de Inoffic. Teſtam.* così ſcriſſe: *Et ſic quamvis ex eo non habebat filios, unde tunc, ſive relinquat ipſi viro, ſive liberis ipſius viri ex alia uxore, locum habet diſpoſitio hujus Legis*. Qual ſuo ſentimento è ſtato comunemente dal Foro approvato. E la ragione è manifeſta, poichè tal Legge ha luogo non ſolamente per la madre, ma anche pel padre, e pure dalla donazione che fa il padre alli figli del ſecondo letto più che a quelli del primo, non ſi deferiſce alla madre lucro veruno, come ſcriſſe ſul comune ſentimento di tutti il de Marinis nel *lib.* 1. al

cap.

cap. 274. colle parole ſeguentino, che io interamente le traſcrivo, perchè al caſo noſtro individuali: *Nec aliquid* (ſcriſſe egli) *eſt rationis allegare diverſitatem, ex eo quod per donationem factam a matre in filiorum beneficium ſaltem uſusfructus patri quæratur, & e converſo ex donatione patris nihil matri quæritur: unde in primo caſu donatio annullatur, ex eo quod ſecundi conjugis reſpicit commodum; in ſecundo vero annullari non debet, quia nullum commodum uxor inde conſequitur, ex dictis licet perfunctorie per Cravettam, reſpondetur enim Tex. in L. Hac edictali, non eſſe in acquiſitione, aut novi conjugis beneficio fundatum, ſed potius in privatione, & fraude, quæ novi conjugis occaſione filiis primi matrimonii fieri ſolet, & hoc eſt, quod lex illa probibere voluit.*

A queſt' autorità del de Marinis ſtimo aggiungervi quella del Rovito nella ſua *deciſione* 12. con tali parole: *Non inquam, vera eſt hæc ratio, nam exempla declarant, non reſtringunt regulam, & in terminis dictæ Legis Hac edictali ſufficit, quod donatum ſit filio parentis probibiti, etiamſi non quæratur, dummodo ipſius probibiti contemplatione facta ſit donatio; ſola enim probibiti contemplatio inducit fraudis ſuſpicionem.* E la ragione è evidente: poichè donandoſi ad alcuno a contemplazione d'un altro, è lo ſteſſo che darſi al medeſimo. A ſomiglianza di quel che diciamo del peculio profettizio, che queſto ſia non ſolamente quello, che dalla ſoſtanza del Padre proviene, ma ogni altro, che per ſua conſiderazione ſi deferiſce, ed acquiſta, ſecondo l'eſpreſſo Teſto nella *l. Sed ſi plures ff. de Vulg.* colle parole ſeguenti: *In adrogato quoque impubere dicimus ad ſubſtitutum ejus ab adrogatore datum non debere pertinere ea, quæ babe-*

haberet, si adrogatus non esset, sed ea sola, quæ ei ipse dederit adrogator: nisi forte distinguamus, ut quartam quidem, quam omnimodo ex rescripto D. Pii debuit ei relinquere, substitutus habere non possit, at superfluum habeat. Scævola tamen lib. 10. quæst. putat, vel hoc adrogatori permittendum. Quæ sententia habet rationem. Ego etiam amplius puto, & si quid beneficio adrogatoris acquisivit, & hoc substitutum posse habere, ut puta si adrogatoris amicus, vel cognatus ei aliquid reliquit. Chiaramente in detta Legge la presente controversia vien risoluta, e decisa, poichè quello, che l' arrogato acquista per considerazione dell'arrogatore, sia da' suoi amici, sia da'cognati, si riputa alli beni dello stesso arrogatore appartenente, anzi che come a lui stesso donato, e dalle sue sostanze provenuto. Ciò dunque premesso, è fuori ogni dubbio, che quello si dona ad un terzo a considerazione della persona vietata, si reputa, come ad essa medesima donato, e che dal di lui patrimonio il donatario lo riceva, e conseguisca, onde Fontanella nella *claus.* 5. alla *glos.* 8. della *par.* 5. al *n.* 10. scrisse col comune sentimento de' Dottori queste parole notabilissime: *Quidam id extendunt ad casum, quo clare constat, secundum conjugem nullum posse ex institutione, aut relicto filii secundi matrimonii percipere commodum, veluti si essent jam emancipati, vel expressim patri foret usufructus prohibitus; dicunt enim, quod tunc eo modo videatur cessare omnis fraus, ac totius fraudis suspicio, ac si post mortem secundi conjugis fuisset largitio in liberos secundi matrimonii facta . . . . Sed decipiuntur meo quidem judicio egregie Doctores, qui supra dictam extensionem tenent; quamvis enim patri sit usufructus perceptio prohibita, contemplatio tamen ipsius non cessat, propter*

quam

quam præsumitur mater filios primi matrimonii se excoriaturam . . . ad quod vivente marito, uxor, vel vivente uxore, maritus, non dicuntur libere de bonis suis disponere; semper enim altera alterum instigabit, ut filios communes instituat, quod erit sufficiens ad cogitandum, fere semper hujusmodi dispositiones esse debere de jure reprobatas.

Queste sono le autorità de' DD. e li principj certi, ed indubitati del dritto, che nella nostra controversia concorrono. Dobbiam vedere, se applicabili sieno al fatto, ed alle sue circostanze ancora; a qual effetto trascriviamo l' intero Capitolo della disposizione, da cui la controversia nasce, e dipende. La Testatrice suddetta dopo aver istituito erede universale, e particolare il detto D. Marcantonio suo figlio, ed altresì eredi particolari, però nella sola legittima, D.Giuseppe, e D. Vincenzo, soggiunse la seguente disposizione, esibita negli Atti *fol.*18. *Item lascia a detto D.Celio suo marito per particolare affetto, e benevolenza, e per sentirsene ben compiaciuta, l'usufrutto della sua possessione uliveta dotale della Taverna Vecchia, sua vita durante, e così debba osservarsi da detto D. Marcantonio suo Erede, senza dargli veruna molestia, e pretendendo cosa in contrario, potesse ripeterla sopra l' eredità di detto q. D. Mario malevadore delle sue doti, come sopra -- Item vuole, ed espressamente ordina, che dopo la lunga vita di detto D. Celio suo marito, detta possessione della Taverna Vecchia debba restare a beneficio del Sig. D. Giovanni Leonardo di Muro suo dilettissimo cognato, e delli di lui eredi, e successori in perpetuum, li quali fra lo spazio d' un mese sieno tenuti per detta possessione pagare a D. Marcantonio suo Erede universale duc.*1800. *pel di lui prezzo: e nel caso che detto suo Erede u-*

 ni-

niversale, o i di lui eredi, e successori pretendessero, che detta possessione potesse valere più di duc. 1800. tutto quello, che pretendessero di più, dovessero conseguirlo sopra l'eredità, e beni di detto q. D. Mario per la stessa causa, che con detto istromento per detto Notar di Paola li liberò le sue doti anche di pretenzioni di legittima di detti suoi figli, e gli ne fè la detta indennità, atteso così è la sua volontà.

Da tale disposizione si vede, che la Testatrice in far tal legato verso D. Gian-Lionardo di Muro abbia avuta tutta la considerazione, e contemplazione verso il suo marito; imperciocchè nè dal testamento, nè da altre circostanze di fatto si rileva, che ella abbia potuto avere altra mira. Non si rafferma nella causa di tal legato cagion particolare di meriti, o d'altra giusta causa verso il legatario. Dunque non dobbiamo noi dire, che la cagion finale solamente sia stata l'affezione del marito? Ed in vero un tal legato è lo stesso, che fatto al detto suo marito, poichè a questo di tal possessione gliene lascia l'usufrutto, all'altro la proprietà; e dicendo nello stesso periodo, che lasciava tale usufrutto a suo marito per l'amore, ed affezion portavale, non è forse, che per la stessa cagione finale siasi mossa a fare l'altro legato della proprietà in beneficio di D. Gian-Lionardo suo Cognato? S'allega dalla parte avversa, che per rispetto a questo secondo Legatario concorrer poteavi altra causa particolare; ritrovandosi questo allora ammogliato con D. Lucrezia Cherubino sorella carnale d'essa Testatrice. Ma se una tal considerazione costei avesse avuta, certamente, che l'avrebbe espressa, anche per indennizzare la sua disposizione della *l. Hac edictali*: ma non avendo ciò fatto, non possiam noi andar indovinandone

done la cagione, se non che quella, che è più verisimile, e comune, qual si fu l'amor conjugale.

E com'è possibile, che l'amor della sua sorella carnale avesse potuto farle nell'animo tanta impressione sino a superare, o mettere in egual bilancia quello de' proprj figli, quando questo solamente può accagionarlo l'amor conjugale? Ecco come ben ragionò il de Franch. nella sua *decis.* 435. ove mette in confronto non l'amore d'un cognato con i figli, ma quello delli medesimi tra' nati, e nascituri in una donna, che avea donato contra la Legge a' figli nascituri del secondo letto: *Unde dicebatur* (così egli scrisse al *n.* 8.) *pro filiis primi matrimonii, quod postquam donatio erat facta filiis nascituris, & in contractu matrimonii, in quibus filiis aliqua non poterit considerari affectio, nec aliquod meritum, & videbatur habitus respectus potius ad patrem, quam ad filios; quia non est verisimile, quod uxor voluerit excludere filios cognitos, & dilectos propter nascituros, ad quos non poterat habere affectionem, nisi propter patrem.*

Questa sola contemplazione basta per dirsi che 'l disponente abbia alla Legge contravvenito, la quale gli Autori a tanto l'hanno esteso, che han raffermato d'esser ne' termini della nostra Legge vietato il darsi non solamente a'congiunti del secondo marito, ma anche agli amici; e perchè su ciò è individuale la dottrina di Fontanella *de Pact.Nuptial.claus.* 5. *glos.* 8. *p.* 4. *n.* 11. pazienti 'l Lettore, se io la trascriva interamente: *Propter hanc* (scrisse egli) *etiam fraudis tollendæ rationem prohibetur conjux fratri, vel amico alterius novelli conjugis donare plus, quam filiis primi matrimonii, & æque in hoc casu, atque in illo, de quo lex expresse loquitur, quando fit directe, & immediate in favo-*

 rem

rem alterius conjugis, ejus dispositio locum habet, quum semper attendatur ad personam ejus, contemplatione cujus facta fuit donatio, magis, quam illa, in quam collata extitit, Thesaur. decis. 170. . . . . Et juxta hanc doctrinam Senatus noster multum perpicax, me patrocinante, referente egregio Senatore Hieronymo Sensust. in caussa Antonii Ioannis Prapt. contra Annam delate declaravit fuisse in fraudem dictæ Legis Hac edictali, factam quamdam donationem, quæ collata fuerat per secundam uxorem filios ex priori conjugio habentem, in favorem cujusdam consanguinei secundi viri, cui postea per eundem consanguineum alia donatio de iisdem rebus facta extiterat, & aque in hoc casu locum habere Legis Hac edictali dispositionem voluit, ac si immediate, & directe in secundam conjugem largitio facta fuisset inæqualis multum quantitati relictæ filiis primi matrimonii conquerentibus. Si noti in tal decisione, che la donna donante poteva aver considerazione al consanguineo del marito; perchè questo anche l'avea fatta una donazione scambievole, e pure il Senato dichiarò tal disposizione nulla, ed invalida, come a contemplazione del secondo marito concepita, e formata.

In conferma delle cose suddette, è a proposito il riferir brievemente l'articolo esaminato da Odierna nella sua *questione* 28. su tal Legge. Egli promove il dubbio, se valida sia la disposizione di quella donna, che istituisce erede il suo secondo marito col peso di restituire l'eredità alli figliuoli del primo letto; e conchiude, che una tal disposizione sia valida, purchè però ella non apporti verun lucro al marito erede istituito, ma soltanto si restringa al suo puro ministero di restituire la roba alli sostituti. Quindi ne inferisce, che se un sì fatto gravame non fusse asso-

lu-

luto, ma condizionato, o a qualche data di tempo prolungato, che indubitatamente l'istituzione nulla sarebbe, come fatta in frode della Legge, stante il comodo, che ne potrebbe venire al secondo marito sul non adempimento della condizione. Dopo ciò il detto Autore esamina un altro dubbio, se possa la donna istituire erede il suo marito col peso di restituire la sua eredità ad un estraneo, e lo decide colle parole seguenti: *Hoc tamen pro absoluto non admitto per ea, quæ tradit Baldus in L. Hac edictali n. 4. vers. Nunc statim succedit; ubi dicit, quod si relinquatur aliquid secundæ uxori, cum onere restituendi tertio, considerandа erit qualitas personarum, an talis sit, per quam credi possit, relictum fuisse in fraudem legis, quod esset (secundum me) ubi ipse substitutus esset uxori conjunctus, in quo nulla meritorum, & sic donationis ratio considerari possit, cum eo casu non tam institutio, quam substitutio nulla erit, uti in fraudem legis, quum illa locum habeat, non tantum si detur viro, & uxori, sed alicui etiam eorum conjuncto.* Da tutto ciò si vede, che la disposizione suddetta della fu D. Agata Cherubino sia nulla, ed invalida, perchè espressamente fatta a fraudare la Legge *Hac edictali*, invalida per rispetto all'usufrutto lasciato al suo marito, sua vita durante, invalida per la sostituzione concepita in favore del suo cognato, seguita la morte di detto suo marito. E perchè troppo diffusamente ragionato abbiamo per rispetto a questa seconda parte, ci sia lecito poche cose sulla prima rapportare.

Vien proibito alla donna il lasciare anche l'usufrutto de' suoi beni al secondo marito, secondo la dottrina comunemente ricevuta di Fontanella nella citata *clausula 5. glos. 8. p. 4. n. 33.* colle parole, che sieguono:

no: *Adnotamus secundo, quod dicta Lex Hac edictali procedit, & procedere censetur nedum quando proprietas est vitrico relicta, qui est proprius casus Legis, sed etiam quando solus ususfructus, & tunc fit aestimatio jux. l. Hereditatum Ad Legem Falcidiam*, per vederſi, ſe venga il ſecondo marito a percepire più di quello, che ſi è laſciato a' figli del primo letto. Molfeſio ſulle *Conſuetudini Napoletane* alla *p.3. de Succeſ. ex Teſtamento, quaeſt.19.* rafferma, eſſer queſta la pratica del Foro nata dall' unanime ſentimento de' DD. e n'aſſegna la ragione, poichè i figli ad un tal dippiù vengono dalla Legge chiamati, e ſubito morta la madre, n'acquiſtano il dominio, dimodochè il titolo d'iſtituzione, e di legato in beneficio del ſecondo marito riducendoſi a non titolo, egli è, che ſubito ſia obbligato a reſtituir la roba colli frutti percepiti. Dal che n'avviene, che contro alla quantità preſcritta dalla Legge *Hac edictali*, non gli ſi poſſa dalla ſua ſeconda moglie laſciare l'intero uſufrutto della ſua roba, ma laſciandoſegli, muove il lodato Autore il dubbio, come ſi debba un tal uſufrutto regolare, per farſene il giuſto compenſo ſecondo la Legge: e conchiude, doverſi dalla *l. Hereditatum ff. ad L. Falcidiam* regolare. Ed in tale guiſa ſecondo queſta, che ſe così non ſucceda, pel tempo dubbioſo del noſtro vivere, quello che ſi è ſtabilito, dovrà reſtar fermo, e rato, ſiccome per altro lo apporta deciſo il de Franch. nella *deciſ. 186.* Potevano dunque li fratelli di Toſcano molto bene impugnare la diſpoſizione anzidetta della loro madre per riſpetto a tal uſufrutto, ma avendo tal diſpoſizione tolerata, non è, che preſentemente il S.C. di tutto ciò non n'abbia da tener conto veruno, quandochè di eſſo fu D. Celio, che era tenuto a tal

re-

restituzione, ne è erede esso D. Gian-Lionardo; anzi che questo medesimo di detti frutti n' ha partecipato, essendo vissuto in comune, ed indiviso con esso fu D. Celio, siccome da essi fratelli nell' ultimo loro articolo si è comprovato. Tutto, e quanto abbiam considerato fin ora, rimira, e risguarda il fatto nel caso, che la proprietà della roba detta fu D. Agata nel suo ultimo testamento l'avesse lasciata d'allora in beneficio di esso D. Gian-Lionardo suo cognato. Ma che dirassi, se facessimo toccar con mani, che tanto l'usufrutto, quanto la proprietà abbia ella la Testatrice inteso lasciarla à suo marito con una tacita sostituzione in beneficio del cognato concepita, e formata giudiziosamente per fraudare la Legge? In tal caso sì che fermamente crediamo, essere la ragione di detti fratelli certa, ed indubitata. Or dunque alle pruove. Ella, istituito erede universale D. Marcantonio, lascia l'usufrutto de' suoi beni al suo marito D. Celio, vita durante. Indi dopo la di lui morte concepisce, e prescrive la sostituzione in favore di suo cognato D. Gian-Lionardo nel modo seguente: *Item vuole, ed espressamente ordina, che dopo la lunga vita di detto D. Celio suo marito, detta possessione della Taverna Vecchia, debba restare a beneficio del Signor D. Gian-Lionardo di Muro suo dilettissimo cognato, e di lui eredi, e successori in perpetuum, i quali fra lo spazio di un mese sieno tenuti per detta possessione pagare à detto D. Marcantonio suo erede universale ducati* 1800. *pel di lei prezzo*. Un tal contesto di questa disposizione fa a chiare note vedere, che la sostituzione o sia legato in beneficio di esso D. Gian-Lionardo, sia stata concepita, seguita la morte di esso D. Celio; onde che frattanto a lui stesso restava, sua vita durante, significa-

re

re non potendo tali parole, *che dopo la lunga vita di D. Celio suo marito detta possessione debba restare in beneficio di esso D. Gian-Lionardo*, altra intelligenza manifestare, che essersi lasciata tal possessione in proprietà, ed in usufrutto a suo marito colla sostituzione, seguita sua morte, in beneficio di esso suo fratello. E che potea essa Testatrice più fare in beneficio di detto suo marito, quando che, sua vita durante, lasciavagli l'intero usufrutto de' suoi beni, e poi dopo sua morte, perchè già non avea figli, nè era in istato di passare ad altre nozze, lasciare tali beni al suo fratello germano? In conferma di che, siami lecito così ragionare: O la proprietà di tali beni ella coll'usufrutto lasciolla a beneficio di suo marito col gravame bensì suddetto, e siamo nell'espresso caso della nostra Legge; o tal proprietà legolla fin dal tempo del Testamento al suo cognato, e siamo nel caso, che li congiunti del marito, esso vivente, abbiano lucro dalla sua moglie. Certamente il dominio di tal proprietà non poteva restar sospeso. Egli non potea considerarsi d' esser presso l'erede, poichè a questo il sol valore dello stabile fu lasciato secondo il tempo del primo matrimonio. Dunque dobbiam dire, che tal dominio sia stato, o presso il marito, o presso il cognato; ne' quali ambedue casi s' incontra l'espressa resistenza del dritto. E che sia così, fingiamo il caso, che D. Gian-Lionardo fusse premorto al fu D. Celio, a chi di grazia tal proprietà accresciuta sarebbesi? Non all' erede, il quale fu istituito nella quantità dello stabile, a cui come tale non auria potuto tal proprietà accrescersi, non potendosi dare dritto d'accrescimento della roba stabile alla quantità. Dunque si sarebbe consolidata detta proprietà coll' usufrut-

to

to a beneficio del detto D. Celio. Ma mi cade qui acconcio porre in chiaro, quanta astuzia abbia praticata quel Dottore, che formò detto Testamento, ad oggetto di frodare al dritto. Egli ben sapea, che nel caso della *premorienza* anzidetta di D.Gian-Lionardo al fu D. Celio avria potuto nascere una gran disputa tra questo, e l'erede universale sull' acquisto di detta proprietà; onde per mettere l'affare nel suo stato sicuro, ed escludere li figliuoli d' ogni speranza di tale acquisto, nel legato di detta possessione in favore di esso D. Gian-Lionardo vi soggiunse le parole: *Eredi*, *e successori in perpetuum*, giusto appunto per evitarne la caducità. Si può dunque mettere più in dubbio, che tale disposizione di detta fu D. Agata non sia stata di sua libera volontà, ma ad istigazione soltanto di suo marito, il quale proccurò colla consulta de' Dottori andar investigando cautele per frodare al dritto?

Io già sono alla fine di questo primo punto, troppo per altro diffusamente esaminato; ma non voglio omettere altra difficoltà, che mi si presenta, cioè a dire, che la Legge *Hac edictali* non abbia luogo, se non che ne' beni dotali, non però ne' beni proprj della donna, tra' quali si deve numerare l' augumento del tempo della possessione suddetta: poichè essendo ella stata data in dote nel 1720. per duc. 2000. in circa, ed essendosi dopo accresciuta, che un si tal augumento debbasi considerare, come proprio patrimonio della donna non soggetto alla Legge *Hac edictali*.

Questa è una difficoltà tanto debole, e che ripugna sì apertamente al dritto, che io non istimo di trattenermici. Ella provviene dalla confusione, che si vuol fare dalla *l. Feminæ* colla *l. Hac edictali*, poichè l'una vuole, che tutto quanto la donna ha del primo marito, o a di lui contemplazione, passando a seconde

D nozze

nozze, lo debba restituire a' figli del primo letto; e l'altra prescrive non per la dote solamente, ma anche per gli beni proprj non poter la donna lasciare al suo secondo marito più, che a' figli del primo letto. In effetti, che sia così, si compruova aver luogo tal Legge anche ne' beni del marito, che non puol lasciare a' figli del secondo letto più, che a quelli del primo. Il dotto Scipione Gentile nell' epigrafe, che fa al comento della nostra Legge, separandola dalla Legge *Femina*, così scrisse al *cap.16. de Secund. Nuptiis*: *Quid juris sit in lucris nuptialibus, in quibus vir, aut mulier ad secundas nuptias transeundo punitur, satis a nobis demonstratum est. Deinceps de bonis propriis cognoscendum est, idest, qua ratione vir, aut mulier in suismet facultatibus coerceatur ob secundas nuptias, extantibus liberis prioris matrimonii*. E che per altro così sia, la stessa ragion finale della Legge apertamente lo dimostra, poichè presume il dritto l'amor paterno, e materno eguale tra tutt' i figli; quindi non vedendolo in tale guisa praticato, presume con ragione, che non sia stata libera volontà del disponente in avere la diffuguaglianza tra' figli praticato, ed attribuendola alle istigazioni, e persuasive del secondo marito, o della seconda moglie, ha cercato riparare tale abuso prescrivendo, che dar non si potesse più a' figli del secondo letto, che del primo: onde una sì fatta ragion finale della Legge comprendendo l'intero patrimonio, o della donna, o del marito, egli è, che a tutt' i loro beni s'estende. E questo sia detto per soprabbondanza di ragione, poichè dal Testamento d'essa su D. Agata si scorge, che che sia de' Capitoli matrimoniali, che tal fondo si fusse dato in dote inestimata, atteso che in tal suo Testamento, *ut*

sol.

fol. 19. litt. A. detto fondo lo qualificò esser sua dote, quindi esaminato tal primo punto su le veridiche circostanze del fatto, e del dritto, passiamo al secondo.

C A P. II.

In cui si dimostra, che la rinunzia alle doti della fu D. Agata Cherubino, anche per rispetto alle legittime appartenentino a' suoi figli, fatta dal fu D. Mario Toscano, di cui detti fratelli D.Giuseppe, e D.Vincenzo sono Eredi, non possa impedire i medesimi d' impugnare la disposizione fatta dalla detta fu di loro madre contra la Legge Hac edictali.

SI fa per parte di D. Gian-Lionardo di Muro tutto l'appoggio alla rinunzia fatta dal fu D. Mario Toscano a beneficio di essa D. Agata. Si dice, che tal rinunzia, come generalissima, ed universale, ch' ella è stata, comprenda ogni caso del dritto. Si rafferma, che ella comprendendo espressamente anche le legittime de' figli fatte caute sopra i beni del fu D.Mario, impedisca per ogni aspetto, e riguardo, che eglino impugnar posano tal sua disposizione; poichè non avendo dritto di succedere, nè pure alla legittima, non si sa, con quali azioni potriano tal disposizione impugnare; è conceduto anche, che lo potessero, come eredi, che eglino sono del detto rinunziante D. Mario, sarebbero tenuti al rimpiazzo dell'importo a beneficio degli eredi di essa D. Agata, per la massima generale, che *quem de evictione tenet actio, eum & agentem repellit exceptio*. Queste sono le difficoltà, che si pro-

muovono contra i fratelli di Toscano. Ma noi speriamo di mostrarne la loro chiara, ed indubitata insussistenza con due considerazioni. L'una, che nella rinunzia, come sopra, del fu D. Mario non vi vada compreso il beneficio nascente dalla Legge *Hac edictali*; la seconda, che quantunque si avesse voluto comprendere, e vi si fusse specificato, non possa obbligare gli eredi ad aver rato il fatto del defunto, come contrario al dritto, e adoperato in frode della Legge. Tali cose premesse veniamo alle pruove.

Noi dobbiam distinguere le massime particolari dalle generali, e dobbiamo anche persuaderci, che le rinunzie generali gratuite, come che non sono altro, che donazioni, riputar si debbono fatte per quanto meno al rinunziante, e a'suoi eredi pregiudicar possono. Quindi n' è stata ricevuta la massima, che quelle azioni, o eccezioni, che per dritto singolare competono, comprese non sieno nelle generali rinunzie. E che per riputarsi incluse abbiano bisogno d'una speciale menzione, come da un dritto particolare nascentino. Io, essendo che queste sono massime troppo che indubitate, stimo d'omettere l'autorità de' Dottori per compruovarle, ristringendomi solamente al caso della questione presente. Egli è indubitato, che 'l beneficio della nostra Legge *Hac edictali* a' figliuoli s'appartenga per proprio dritto, cioè a dire, in compenso di quella ingiuria, che loro si fa dalla madre, o dal padre, lasciandosi più che loro a' figliuoli del secondo letto; onde è, che abbiano tal dritto, ancorchè sieno stati diredati dal padre: e questo dritto è differente da quello della legittima, onde assai bene il Sacro nostro Consiglio nella *decis.* 12. presso Rovito ebbe per vera questa massima, cioè a dire, che la disposizione

pa-

paterna generale non poſſa comprendere il beneficio della noſtra Legge. Quindi Rovito in detta *dec.* al *n.* 24. ſcriſſe: *Nec procedebat de jure, quia etiamſi petiiſſet, immo exegiſſet legitimam ſibi a patre relictam, facta etiam generali quietatione in beneficium Joannis Andreæ, cum clauſula de plus non petendo, non propter ea intelligeretur renunciaſſe beneficio dictæ Legis Hac edictali, niſi ſpecifice renunciaſſet.*

Quindi i Dottori hanno ſcritto, che la rinunzia delle figliuole fatte a beneficio della lor madre dotante, quantunque univerſali, non comprendano unquemai il beneficio di detta Legge. Così ſcriſſe Odierna alla *quæſt.* 11. *num.* 112. *Hoc, inquam, beneficium ſpeciali filiorum favore, & cum maxima cauſſæ cognitione introductum non debet generali renunciatione tolli, ſiquidem ubi aliquid eſt introductum ſpeciali privilegio, vel favore alicujus, opus eſt, quod tollatur ſpecialiter.* Ed alla oppoſizione, ove gli ſi fa in contrario, cioè a dire, che 'l Padre per tal rinunzia non eſſendo in obbligo laſciar coſa veruna alla figlia, e che quindi perciò ella non potendoſene querelare, non poſſa perciò la dilui diſpoſizione impugnare; al *num.* 91. della ſteſſa *quæſt.* 11. così riſponde: *Tamen reſpondetur, quod, etſi filiæ per renunciationem excluſæ parens nihil relinquere teneatur, hoc tamen nihil refert, quia illa pariter vitrico, vel novercæ dare nihil compellitur: quamobrem ſi plus his reliquerit, quam tali filiæ, injuſte facit, & ipſi injuriam infert, & ideo lege vindicatur.* Queſta maſſima indubitata l'hanno i Dottori ricevuta comunemente, anche nelle figlie femine eſcluſe per Statuto, per la maſſima, che lo Statuto non comprende il dritto ſpeciale di detta Legge, ſiccome lo ha dimoſtrato diffuſamente

Odier-

Odierna alla *quest.* 2. della nostra Legge, dicendo, che lo Statuto s'intenda de' dritti provenienti a titolo ereditario, non per quelli, che vengono deferiti *jure sanguinis*, com' è il beneficio della nostra Legge, ed altresì a quelli dritti, che sono stati introdotti per punire l'altrui malizia, e la diffuguaglianza tra' figli, come nel nostro caso: poichè lo Statuto, il quale dà la libera facoltà al marito, o alla donna di lucrare, contratto il matrimonio, o tutto, o parte della dote, s' intende, purchè eglino dispongano secondo il dritto, e ne' casi permessi, siccome comunemente hanno scritto i Dottori. Or dunque se tal norma aver dobbiamo negli Statuti, che sono leggi municipali, maggiormente ne' fatti degli uomini, che sono obbligati a seguir la legge. Dunque si deduce dalle cose suddette, che il beneficio della nostra Legge abbia bisogno di speciale menzione, per andar compreso nelle rinunzie generali. E perchè su ciò vi sono due individuali decisioni, l'una del Senato di Parigi presso Paponio al *lib.* 15. de' suoi *Arresti* al *n.* 15. del *tit.* 1. l'altra del Senato di Savoja presso Fabro al *tit. de Sec. Nupt. definit.* 15. è necessario, che ambedue le rapportiamo. La prima è la seguente: Giovanna Pelletaria rimasta vedova, superstite unica figlia, dotolla con suoi beni proprj, e n'ottenne, mediante una transazione amplissima rinunzia, *ita ut libere de residuo disponendi matri facultas relinqueretur* (sono parole della decisione). La madre dopo passò alle seconde nozze, e venendo a morte istituì erede il suo marito in una quota dell' eredità. Fece altresì alcuni legati in beneficio de' congiunti di detto suo marito. A tal sua disposizione si oppose la figlia, avvalendosi del beneficio della nostra Legge, ma le si replicava, ch' ella avea transatto sulli beni materni,

me-

mediante porzione, che n'avea ricevuto per sua dote, rinunziandone il rimanente in beneficio di sua madre, colla facoltà di disporne liberamente. Le s' opponeva ancora, che l' istituzione fatta in beneficio del secondo marito uguagliava la porzione, ch'ella avea avuta, e che 'l dippiù era stato lasciato non al medesimo, ma ad un suo congiunto. Ma il Senato non avendo conto di tali opposizioni, dichiarò nulla la disposizione materna, tanto pel legato, quanto perchè la rinunzia della figliuola non comprendeva il caso della nostra Legge, condandando i contrarj alle spese: onde se la stessa rinunziante puol venir qui contro al suo fatto proprio, come non continente l' individual rinunzia alla nostra Legge, quanto maggiormente potranno ciò praticare gli eredi in caso simile?

Ma più di questa è l' altra del Senato di Savoja presso il citato Fabro nella *defin.* 15. al *tit. de Secundis Nupt.* ove figura il caso della generale rinunzia della figliuola anche al dritto della legittima, se poi passando alle seconde nozze la madre, e disponendo contra la Legge *Hac edictali*, possa venir ciò dalla sua figlia rinunziante impugnato. Io, perchè troppo lunga tal definizione, ne rapporto poche parole: *Constat autem*, scrisse egli, *renunciationes hujusmodi*, & *odiosas esse*, & *stricti juris*, *nec in eas venire*, *nisi quatenus verbis expressum est*. *Quod si ante secundas nuptias matris renunciatio talis facta sit*, *cessat quidem hæc ratio*. *Sed alia tamen superest*, *quæ impedit*, *ne ad ea bona ex post facto extendi renunciatio possit*. *Illa nimirum*, *quod non sit verisimile cogitasse filiam de jure*, *quod nondum sibi tunc quæsitum esset*, *quodque postea ex culpa*, & *quasi delicto matris*, *solaque legis dispositione ipsi filiæ præter votum*, & *exspectationem ac-*

accesserit: uno tamen casu fieri queat, ut generali renunciatione hujus generis bona comprehendantur . . . . Accedebat, quod legitimæ quoque renunciatum proponebatur, quæ tamen necdum debebatur, nec si mortua demum matre deberi poterat, ut proinde dubitari non posset, quin de juribus quoque in futurum competituris remittendis actum esset. Illa igitur ratio sola movere Senatum & potuit, & debuit, quod liberalitatem filiæ captiosam interpretatione prudentum frangi æquissimum videretur. Premesse dunque queste dottrine, vediamo, se sieno al caso nostro applicabili.

Il fu D. Mario Toscano allora che fece tal rinunzia, essa D. Agata non ancora era passata alle seconde nozze. La rinunzia fu generale, contenente anche il dritto della legittima, ma non vi fu fatta espressa menzione della nostra Legge. Or ciò supposto, come è possibile, che in tal generale rinunzia v' abbia potuto andar compreso questo beneficio, il quale nasceva dopò la morte della rinunziataria, contratte le seconde nozze, e che dall' ingiuria ch' ella faceva a' figliuoli del primo letto in lasciare più al secondo marito, derivava? Come è possibile, replichiamo a dire, che sotto tal generalità vi s' abbiano potuto comprendere tutte queste cose, che da colpa, e delitto della donna provenivano? Qui cade a proposito dire col suddetto lodato Antonio Fabro: *Captiosam liberalitatem prudentum frangit auctoritas*. La donna, che passando alle seconde nozze, contra il dritto dispone in favore del suo secondo marito, commette delitto. E si può forse rimettere il dolo futuro? Non v' è andato dunque in tal rinunzia compreso il beneficio della nostra Legge, poichè se altrimenti fusse stato, s' avrebbe la donna abilitata a disporre contro alla Legge *Hac edictali*, il che vien proibito dal dritto. Io

Io confermo tutto il detto finora con una bellissima Legge del *Codice* al *tit. de Inoffic. Testam.*, che è la seguente: *Si quando talis concessio Imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur, nihil aliud videri Principem concedere, nisi, ut habeat legitimam, & consuetam testamenti factionem. Neque enim credendum est, Romanum Principem, qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti.* Su la quale Legge Paolo de Castro vi fece la seguente chiosa: *Si conceditur libera testandi facultas ei, qui testari non potest, censetur concessum, ut testetur, servato juris ordine: etsic dum sollemnitate debita, & quod filium instituat, vel juste exheredet, & sic exheredatus habebit querelam contra testamentum talis, quia non est credendum, Principem voluisse alteri præjudicare. Unum facit dubium, quia Princeps concedit duo, scilicet, ut testetur, & ut libere testetur: si non potest prætermittere juris ordinem, sufficiebat concedere, quod posset testari. Illud ergo verbum libere testari quid importabit, si non poterit juris ordinem prætermittere? cogita super hoc contrarium, quod est difficile. Et inducitur ad quæstionem, quando datur liberum arbitrium potestanti super aliquo, an possit aliquid facere contra dispositionem juris? & videtur, quod non per istum Textum, & sic, quod concessio operetur in casibus a jure non decisis, sed in decisis videtur, quod debeat observare jura.* In conferma di ciò Tesauro nella sua *quæst.* 29. del *lib.* 1. tratta il dubbio, che dovendo la donna lucrare in virtù di Statuto metà delle sue doti, e stipulandone a suo favore i figliuoli la scrittura colle clausule, ch' ella abbia tal lucro, e ne disponga a sua libera volontà, possa di ciò ella dopo passata a seconde noz-

ze avvalerſene contra la Legge *Hac edictali*; e riſolſe che no, ſecondo la deciſione fattaſene dal Senato di Savoja. Queſte ne ſono le ſue parole al *n. 7. Majus autem eſt dubium, quando filii ea conditione matri lucrum illud conceſſerunt, cum clauſula, ut libere haberet, & de illo faceret quidquid vellet; tunc enim & major facultas conceſſa cenſetur, & pœna etiam, quæ ex conſenſu filiorum remitti poteſt, remiſſa videtur. Sed contrarium hoc in caſu cenſuiſſe Senatum teſtatur in ſuis recollectis Pater meus ex traditis per Caſtrenſem conſil. 149. lib. 2. ut ex traditis etiam aliorum tenentium mulierem proprietate relicti privari etiam quod maritus eidem libere diſponendi facultatem conceſſiſſet, & illa verba liberam diſpoſitionem concedentia, intelligenda, & interpretanda ſunt juxta juris diſpoſitionem.* Dunque attente le coſe ſuddette poteva la fu D. Agata avvalerſi della rinunzia fattale anche in pregiudizio della legittima de' ſuoi figli, non in contravvenzione della Legge *Hac edictali*, ma nelli caſi permeſſi, cioè a dire, a favore d'un eſtraneo, e capace d'acquiſtare in favore anche de' figliuoli del ſecondo letto, purchè ad eſſolei fuſſe in tal tempo il ſecondo marito premorto, oppure ſuperſtite il medeſimo, avendo giuſta cauſa per gli ſuoi ſecondi figli, come per maritar le femine in ſuſſidio del padre, o laſciare a' maſcoli, che fuſſero ſtati poveri. In tali caſi poteva beniſſimo avvalerſi di tal rinunzia. E come è poſſibile, che 'l fu D. Mario abbia tanto prediletta la medeſima, e negletto l'intereſſe domeſtico de' ſuoi nipoti *ex filio*, che dobbiam preſumere aver voluto poter ella diſporre talmente delle ſue doti, e de' ſuoi beni, che gli aveſſe potuto laſciare anche morendo ſenza figli del ſecondo letto, ſuperſtiti anche i primi, in beneficio del

del suo secondo marito, e morto il medesimo, a beneficio de' suoi congiunti? Ciò non si deve presumere in conto alcuno, non sofferendolo il comune sentimento.

M' accorgo molto bene esser stato assai prolisso nella pruova di tale articolo; ma non mi dà l' animo omettere due ottime decisioni del nostro Supremo Senato in compruova del medesimo, l'una presso il de Franchis, l'altra presso Capecelatro. Fu presso il de Franch. nella sua *decis.* 435. molto dubitato, se contratto il matrimonio secondo il costume de' Nobili, vale a dire, a tenore della consuetudine, per cui la donna disporre non può, se non che della decima, sciolto poi per la morte del marito, possa ella passare alle seconde nozze, stipulando i capitoli matrimoniali alla vechia maniera in beneficio de' figli del secondo letto, stimò il S. C. ciò un articolo d' alta indagine, anche attese le circostanze de' fatti; poichè s' asseriva, che detta donna altrimente non avrebbe ritrovato ad ammogliarsi. Eravi dippiù, che la sua madre ad esso lei avea le doti accresciute in beneficio del secondo marito: quindi si raffermava, che per le Consuetudini *Si qua moriens*, *Si quis testator*, *Et bona stabilia*, *Ac si mulier*, per le quali si dà alla donna la facoltà di disporre in vita delle sue doti, purchè non si faccia in frode, come si vedeva nel caso presente, poteva molto bene ella immutare i suoi primi capitoli a beneficio del secondo letto, dovendosi riputare per le surriferite Consuetudini 'l dritto comune della Legge *Hac edictali* abrogato; ma li figliuoli del primo letto replicavano col dire, che la facoltà di disporre in vita dalla Consuetudine alla donna si dovea intendere, purchè non si alterasse la Legge *Hac edictali*. Ed

in beneficio de' medesimi così decise il S. C. comprendendovi anche l' aumento fatto dalla madre alla sua figliuola a rispetto delle seconde nozze , non ostante che raffermavasi di non esser proibita l' avola dalla detta Legge *Hac edictali* a donare a'figli del secondo letto, avendo potuto ella mettere alla sua roba quella legge che volea . Dunque , se la libera facoltà di disporre accordata dallo Statuto intender debbasi secondo i termini del dritto, maggiormente quella dell' uomo, che da ogni parte viene astretto all'osservanza delle leggi. Nè è di minor peso la *dec.* 22. del *lib.* 1. di Capecelatro , nella quale trattossi , che Cesare Carrafa troppo avanzato in età erasi ammogliato con D. Girolima Grifo , con soltanto di ducati 1500. di dote; ma perchè questa era molto giovane , egli le fe' una donazione di ducati 15. mila di poterne disporre colla clausola *pro se* , *& heredibus*, *& successoribus quibuscumque in perpetuum*, e per poter avere in caso di scioglimento di matrimonio una dote maggiore. Passata ella, morto suo marito, a seconde nozze, dispose a beneficio de'figli del secondo letto: ma quelli del primo ci s' opposero per la Legge *Feminæ*, e la Legge *Hac edictali C.de Sec.Nuptiis*. Loro si replicava, che la suddetta donazione fattale da suo marito era stata onerosa , che avea avuta la facoltà di disporre de' beni donati per qualsivogliano eredi anche estranei. Vi s'aggiungeva, che 'l marito tacitamente l' avea conceduta la licenza per le seconde nozze con quelle clausole espressate nella donazione, affinchè, esso lui morto, avesse avuto maggior dote. E pure non ostantino tali ragioni , il S.C.proferì la sentenza favorevole a' primi figliuoli. E con ciò credo d' essersi da me abbastanza pruovato l' articolo nel suo

primo

primo aſpetto. Paſſiamo ora al ſecondo.

Si promuove la difficoltà avverſo i fratelli di Toſcano, che eſſoloro, come eredi del fu D. Mario rinunizante, debbano avere rato il fatto del defunto, ed impugnandolo, che ſieno tenuti al compenſo dell' intereſſe. Ma qui ſi affaſtellano molte coſe ſulle regole generali, ſenza volerſi conſiderare l'eccezione. Egli è vero, che l'erede ſia obbligato ad aver rato il fatto del defunto, o *præciſe*, o *cauſſative*, come praticano di parlare i Forenſi: *præciſe*, allora che il fatto del defunto è valido; *cauſſative*, quando è nullo, ma non però dal dritto vietato, come ſe in figura il defunto aveſſe diſpoſto del dritto proprio dell' erede ſecondo i termini del Teſto nella *leg. Quum a matre C. de Rei Vindicat.* imperciocchè per la qualità ereditaria naſce il regreſſo *ad id quod intereſt*, contra i beni del defunto poſſeduti dagli eredi. Ma allora che il fatto del conceſſionario è vietato dalla legge, allora sì che niente giova l'obbligo colla rinunzia del defunto, per non darſi occaſione a fraudare le leggi. Io vengo a pruovar ciò per ſoprabbondanza di ragione, poichè avendo dalle coſe ſurriferite comprovato, che nella rinunzia del fu D. Mario non unquemai v'andò compreſo il beneficio della *l. Hac edictali*, tanto baſta, che i dilui nipoti, ed eredi poſſano goderlo, ſenza dirſi, che impugnino il fatto del defunto; ma, replico a dire, il faccio per abbondanza di ragione: a qual effetto mi ſi fa preſente il famoſo Teſto nella *l. Si quis eum ff. de Condit. & Demonſtrat.* ove il Giureconſulto Paolo così ſcriſſe: *Si quis eum, quem manumittere non ipſe poterat, legarit ita ut eum legatarius manumitteret, etſi a legato non repellatur, non eſt compellendus, ut manumittat: quia toties ſecundum voluntatem teſtatoris facere compellitur,*

 quo-

quoties contra legem nihil sit futurum : idque Neratius scribit , & tamen a legato non esse eum repellendum : quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc servo, quam heredem habere voluisset . Non ha bisogno un tal testo, comecchè troppo, che chiaro, e lucido, d'interpretazione: solamente priego di riflettersi nel medesimo, che non ostante sia il legato individuo per l'individua volontà del testatore, possa molto bene l'erede acquistarlo, senza che effettuisca del testatore la volontà, allora che da questa ne provenga qualche alterazione del dritto. Una tal Legge ha fatto comunemente tra' Dottori stabilire la massima, che non sia obbligato l'erede aver rato il fatto del defunto, da cui venir ne potrebbe cosa contra il dritto. Onde il dotto Baldo nel suo *cons.*171. del *lib.* 5. fondò individualmente nel nostro caso, che l'erede non sia obbligato aver rato il fatto del defunto, da cui ne devenisse deroga alla nostra Legge *Hac edictali*. Dello stesso sentimento fu Cancerio alla *par.* 3. del *cap.*2. *de Inventario*, ove porta tutti i casi, ove possa l'erede impugnare il fatto del defunto, e tra li medesimi la nostra controversia individuale, così scrivendo: *Hinc respondit Bald. cons. 161. lib. 5. heredem adeundo hereditatem ex testamento non censeri approbare , quæ testator cavit contra legem , & sic in terminis resolvit , heredem posse impugnare dispositionem defuncti in eo , quod contra legis dispositionem præcipit , & ponit exemplum in casu Legis Hac edictali , & propterea ego anno 1599. consului nobilem Franciscam de Belluer uxorem nobilis Federici Belluer non privandam fore hereditate matris suæ , in qua erat heres instituta , non obstante , quod non observaret quandam ejus dispositionem , ut nempe Saturninus Duodena , e Peremola Domi-*

cellus

cellus ejus vir in secundis nuptiis frueretur toto tempore vitæ suæ usufructu omnium suorum bonorum, ut testatrix præceperat, eo quod quum esset ætatis 30. *annorum, considerato tempore, quo vivere poterat secundum dispositionem Legis Hereditatum ff. ad Leg. Falcid. illud relictum esset contra dispositionem Textus l. Hac edictali*. Cravetta ne' suoi consigli nel *cons.* 200. tutto questo, che noi abbiam detto lo scrive per indubitato, secondo il *cons.* 161. sopra citato di Baldo colle parole seguenti : *heres potest controvenire facto defuncti in eo, quod disposuit contra dispositionem Legis Hac edictali, quia heres adiens hereditatem censetur facere actum aditionis secundum Legem, & velle, quod habeat locum Lex, ideo licet voluntas testatoris sit, quod totum legatum solvatur, potest tamen Falcidiam detrahere, videmus etiam, quod si Testator probibuit heredi, ne peteret cautionem ab usufructuario, quod heres potest controvenire tali prohibitioni, & facto defuncti, quia lex prohibet talem cautionem remitti posse . . . Præterea si lex prohibet relinqui talibus personis in favorem prolis legitimæ, satis cogitavit, quod proles legitima succederet, & hereditatem adiret, sed dicendo, quod ex aditione, censetur approbata ejusdem institutio, fieret lex elusoria; nam aut proles legitima cogeretur approbare talem institutionem, si velit esse heres, aut cogeretur repudiare; ideo dicendum est, quod ex simplici aditione non censeatur approbata talis institutio, nec isto casu heres adeundo, cogitur approbare factum defuncti cum lege reprobetur, neque heres impugnando videtur indignus, quia impugnat auctoritate legis*. Grammatico nella sua *decis.* 93. rapporta esser stato lo stesso deciso dal S. C. Onde premessi tali principj indubitati, come potriano essere i fratelli di Toscano nell' obbligo di

aver

aver rato il fatto del defunto? Quandochè se ciò avesse luogo, si derogherebbe al dritto, e si darebbe luogo alla disuguaglianza tra' figliuoli sulle dolose istigazioni del secondo marito, che 'l dritto tanto abborrisce, ne verrebbe una frode indiretta alla ragion della Legge, e che il privato con facilità potrebbe inventar la maniera per eludere il dritto, se potesse nascere in tal caso azione di regresso contra gli eredi del rinunziante D. Mario, ne verrebbo, che da un atto nullo ed invalido come il suo, potrebbe derivare, e nascere azione, che non può dirsi. Ma se la Legge proibisce tali liberalità della donna a favore del secondo letto, perchè non le riputa libere, ma estorte dal suo secondo marito, potea forse la rinunzia del fu D. Mario operare, che in mezzo a tali istigazioni, ed importune preci fusse stata la volontà della disponente superiore? Se dunque ciò non potea farlo, come possiam riputare valida tal disposizione, che 'l dritto allor vuole eseguirsi, quando ella è libera totalmente? Sicchè dunque si deve riputare nulla la disposizione di detta fu D. Agata, come contraria evidentemente alla Legge; ma rimane di vedere, se a D. Gian-Lionardo si debba dare cosa alcuna.

La Legge *Hac edictali* vuole, che possa la donna i suoi beni dividere ugualmente fra' primi, e' secondi figli; altrimenti che 'l secondo marito, o altro suo congiunto, a cui siasi lasciato a contemplazione del medesimo, abbia la minor porzione, che siasi lasciata ad uno de' figliuoli del primo letto. Su tale massima indubitata D. Gian-Lionardo non dovrebbe avere cosa alcuna, poichè la possessione dotale di detta fu D. Agata, sopra cui è caduto il legato, si è articolato, e pruovato con testimonj, e con pubbliche scritture,

che

che nel tempo della dilei morte , da che fu data in dote al fu D. Francesco Toscano nel 1720. siasi aumentata molto più della metà , onde essendo stata data in dote per duc. 1800. in circa , ne' quali essendo stato istituito erede universale D. Marcantonio , e gli altri fratelli nella legittima , ed il rimanente dell' aumento di detto prezzo lasciato in beneficio di D. Gian-Lionardo , ne nasce conseguentemente , che siasi dato più a contemplazione del secondo marito , che a' figli del primo letto: al che per maggioranza di ragione aggiungendosi l' usufrutto lasciato al fu D.Celio, sua vita durante, di detto stabile, e da essolui percepito per anni diece , e duc. 500. di oro, ed argento, e d'altro mobile, dedotti pochi legati , qual mobile non s' è restituito all' erede universale , non si può dubitare , ch' ella la disponente tra quello , che ha lasciato a detto suo marito, e al di lui fratello a sua contemplazione, non abbia di gran lunga oltrapassato la quantità prescritta nella Legge *Hac edictali* , del che n'è la pena di toglierſi questo dippiù al secondo marito, e dividersi egualmente tra' figli del primo letto, dandosi per contrario al secondo marito, o a'figli del secondo letto la minor porzione, che siasi data a quello del primo; secondo qual conto indubitato non spetterebbe a D. Gian-Lionardo cosa veruna. Imperciocchè essendo stata la minor porzione di detta D. Agata quella , che si è lasciata a D.Giuseppe , e D.Vincenzo per le loro legittime in duc. 200. per ciascheduno, verrebbe, che al fu D. Celio, ed al suo erede D. Gian-Lionardo spettar non potrebbero in tutto, che duc. 400. alla più alta ragione , li quali restano assorbiti dall' usufrutto percepitosi da esso fu D. Celio ; che alla più scarsa lettura , senza computare i prezzi degli olj eccessivi

può

può ascendere a duc. mille , onde detto D. Gian-Lionardo , come erede di esso fu D.Celio , non solamente non dovrebbe conseguire cosa veruna , ma restituire il dippiù.

Rimane finalmente a giustificare essi fratelli la pretensione , che hanno dedotta in S. C. per l' augumento delle loro legittime a ragione del valore presente di tale stabile. Egli è vero, che 'l dippiù lasciato contra il dritto da essa fu D. Agata al suo secondo marito , e a D.Gian-Lionardo, dovrebbe dividersi egualmente tra' suoi figli , ma comecchè l' erede universale è detto D. Marcantonio , e la risoluzione del legato fatto ad esso D. Gian-Lionardo non si considera , se non se come un gravame, che si toglie dal testamento , restando detto testamento nell'altre sue parti fermo , e rato; quindi pare, che tal augumento si dovesse accrescere in beneficio di esso erede universale ; ma comecchè questi percepisce un tal comodo , e vantaggio per le opposizioni , e ragioni di detti D.Giuseppe, e D. Vincenzo , non è giusto , che non accresca almeno le loro legittime secondo il valore , che lo stabile avea *tempore testamenti* di essa D. Agata , tanto più, che le restrizioni delle loro legittime si leggono in detto testamento fatte dalla disponente a considerazioue del sopra mentovato legato lasciato a detto D. Gian-Lionardo, onde rimanendo detta causa finale risoluta , è ragionevole, che ne rimanga estinto anche l'effetto coll' augumento delle surriferite legittime secondo il valore , che avea lo stabile in tempo della morte d'essa testatrice . E questo è quanto debolmente si è potuto considerare nell'esame di tal controversia , in cui speriamo , che i Signori Giudici pel dippiù vogliano supplire alle nostre mancanze ; ed avere avanti gli occhi l'e-